

NILSON VITAL NAVES*

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Alguém que tivesse a pena do grande Edgard Costa decerto inscreveria entre os grandes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça o do HC-76.686, realizado, no ano 2008, pela 6ª Turma. Pois não é, Senhoras e Senhores, que já fui tudo – ou quase tudo – no Judiciário, tive alegrias, também tristezas, tenho-as ainda, e uma das minhas maiores alegrias foi e, é claro, continua sendo a de compor a 6ª Turma, na companhia das profundas e elegantes figuras de Carvalhido, Gallotti, Medina, Quaglia, Maria Thereza, Og Fernandes e dos convocados Mathias, Jane, Limongi e Haroldo.

Antes mesmo de integrá-la – vejam! -, um dia, vão-se alguns anos, seis ou cinco, abrindo eu, no Superior Tribunal, seminário sobre as novas tendências do Direito Penal, disse que, se lá, no Tribunal, permanecesse após ultimado o exercício de sua presidência, já então prestes a se ultimar, desembarcaria,

... com mala, cuia e alfarrábios, no Direito Penal. Se velhos são os livros, ciência boa e inesquecível não lhes falta; falta-lhes, sim, algum temperamento, alguma modernidade, alguma flexibilização. Não seria uma questão de lucidez, bom senso e visão crítica entender, por exemplo, que mais vale o Penal preventivo que o Penal repressivo e, perdoem-me, que o endurecimento das penas, por si só, não constitui fator de inibição da criminalidade? Se o constituísse, a pena de morte e, quem sabe, a perpétua acabariam com a criminalidade de uma vez por todas, mas isso nunca aconteceu em lugar nenhum do universo.

Recordaria, ainda, naquele precioso momento, que,

... concluindo o bacharelado, não deixei a Faculdade; ali mesmo retomei, no curso de pós-graduação, os estudos penais e até que, revendo hoje os conceitos que me foram conferidos, não fiz feio, nem mesmo por não ter recebido o

grau de doutor, exatamente pela falta de apresentação da tese. Também pudera, tendo que ganhar a vida...

.....

Gostaria muito de que o tivesse sido, mas o Penal não foi a minha única dedicação intelectual e profissional. Contingências da vida! E não são elas porventura que nos levam à diversidade? Vejam que, (...) no Superior, acabei dedicando-me quase inteiramente às coisas do Direito Privado. Há aqueles mais afortunados para quem o Penal, já o primeiro, tornou-se o único amor.

Era perfeito caso de amor guardado, e pelo Penal, é verdade, o primeiro, aliás, dos estudantes do curso de Direito; e não é que, naquela manhã do mês de maio, quando se abria o seminário, o conferencista que viria após a minha fala, Nilo Batista, recordou, no início das suas palavras, num lampejo literário, personagens d'O Amor nos Tempos do Cólera, do tão famoso e tão elegante – também tão do meu gosto – García Márquez! Recordou, sim, o amor guardado de Florentino por Fermina – havia-o guardado por cinquenta e três anos, sete meses e onze dias (“é a vida, mais que a morte, a que não tem limites”).

Apropriada lembrança, não? Era ou não era caso de afeição profunda, de veneração pelo Penal? Foi o que pensei, sobretudo porque, no Tribunal, me havia dedicado, conforme disse ali, quase que inteiramente às coisas do Direito Privado... Sim, foi, de certo modo, inconformismo meu, querendo eu que o Tribunal, quando de sua definição por nós, se dividisse em duas Seções, e não em três, como afinal foi a posição que prevaleceu.

Sabemos todos que me acho no Superior desde a sua instalação, e já se vão alguns anos. Acho-me antes mesmo de sua instalação, era recém-chegado ao Federal de Recursos. Como ninguém, modéstia à parte, também me dediquei à criação do Superior desde aquela manhã chuvosa do mês de novembro na qual ouvimos dos constituintes de 1987/8: a nossa idéia é o Superior Tribunal de Justiça;

vamos aviá-lo. Perguntei eu: e o Supremo Tribunal? Será corte constitucional eminentemente – modelo europeu. Conhecem a história?

Duas ou três palavras sobre a história – propostas do Supremo e do Federal de Recursos; o Superior; conflito de competências, etc.

Como lhes dizia linhas atrás, se lá, digo, no Superior Tribunal, permanecesse – e foram tantas as provocações, tantos os apelos, tantas as invocações, tantos os pedidos, todos por mim de todos recebidos, que lá fiquei mesmo -, desembarcaria e, de fato, desembarquei, com mala, cuia e alfarrábios, no Direito Penal, com dois objetivos: um, o de colocar, em papel, palavras e palavras, quem sabia e quem sabe, tal como, no início dos anos setenta, perdido no interior de São Paulo, numa pequena comarca onde exercia a promotoria pública, dispus-me, em noites que não terminavam nunca, a me devotar a novas tendências, revendo, naquele momento, os diversos conceitos de ação, como o naturalista, de von Liszt, o normativo, de Binding. O outro objetivo era – que pretensão a minha! Mas era mesmo (sonha quem vive!) -, era o de mexer na jurisprudência do Superior – não mais vale o Penal preventivo que o Penal repressivo? A função do Direito não é mais apenas a função kelseniana protetivo-repressiva; e a função promocional?

Relativamente ao primeiro dos objetivos a que me propus alcançar, dei com os burros na água: já tão extenso o trabalho forense, que o tempo não me permitia, intelectualmente, outros afazeres senão o dedicado exclusivamente aos processos. Aliás, a esse propósito, tenho recordado, em minhas falas, o castigo mitológico de Sísifo – o de rolar eternamente um enorme rochedo na subida de uma vertente. Mas, pensando melhor, o que me faltou mesmo foi engenho e arte...

Quanto ao segundo, quero crer que, é claro que não eu apenas, pessoalmente, longe de mim tal idéia, até porque todos temos, no Tribunal, um só e só voto, quero crer que, na Turma, de fato,

mexemos em várias das orientações já lá assumidas, conforme, recentemente, recentissimamente, recordei, ao suscitar, durante o julgamento de um habeas, a inconstitucionalidade da cláusula “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, do art. 44 da atual lei de 2006, a Lei nº 11.343 (e a arguição foi unanimemente acolhida), recordei assim, reparem:

Antes mesmo que, por declaração de inconstitucionalidade no ano 2006 (HC-82.959, Ministro Marco Aurélio), deixasse de compor o nosso ordenamento jurídico o malfeito e malvisto § 1º do art. 2º da infeliz Lei nº 8.072, de 1990, a 6ª Turma, entre outros conceitos, tinha o de admitir a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos, tal, quem sabe, desde o ano 2004, quando aqui ultimamos o julgamento do HC-32.498 – pela concessão, Medina (relator) e Naves; pela denegação, Carvalhido e Gallotti –, e foi quando votei da seguinte maneira...

Observem: disse eu “entre outros conceitos”, sim, entre tantas outras medidas sociopolíticas e penais e criminológicas menos gravosas admitidas pela 6ª Turma, entre elas, por exemplo, medidas relativas ao sentido e alcance da pena, ao anonimato, às interceptações das comunicações telefônicas, ao acesso a inquérito policial, enfim, ao conflito entre segurança e liberdade, resolvendo-o, é claro, a favor da liberdade. Em tal tarefa, quero, neste bom momento, em ambiente magistral, elegante e de muito brilho, registrar a poderosa, instigante e mágica colaboração, no campo das idéias, da enorme figura de Paulo Medina.

Permitam-me ainda duas ou três palavras a mais sobre os conceitos da 6ª Turma. De fato, antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade do referido § 1º do art. 2º, já assegurávamos aos inúmeros e inúmeros pacientes que, diariamente, batiam às nossas portas pudessem eles ser transferidos para regime menos rigoroso. No ano 2005, tal foi o que disse eu na ementa que escrevi para o HC-36.985: (I) “as penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social

do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso”; (II) “já há muito tempo que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou princípios como o da igualdade de todos perante a lei e o da individualização da pena. O da individualização convive conosco desde o Código de 1830”; (III) “é disposição eminentemente proibitiva e eminentemente excepcional a lei dos crimes denominados hediondos; portanto, proposição prescritiva de interpretação/exegese estrita”. De semelhante modo, antes mesmo da edição de recente súmula a propósito do acesso amplo do defensor aos elementos de prova, já se assegurava ao advogado, lá na Turma, vista dos autos de inquérito, e foi assim que, no ano 2006, disse eu na ementa do HC-44.165: (I) “há, no nosso ordenamento jurídico, normas sobre sigilo, bem como normas sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade”; (II) “havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio -, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade. Afinal, somente se considera alguém culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Foi assim, assim e assim, isto é, da adoção, ali e acolá, de tais e tais conceitos pela 6ª Turma, que cheguei, ou, pluralizando, que chegamos ao sigilo das comunicações telefônicas. A decisão tomada por nós no julgamento do HC-76.686 – lembrei eu, na Corte Especial, há pouco, em palavras de despedida a Gallotti – foi um dos grandes julgamentos do Superior Tribunal (à semelhança, entendo, daqueles do Supremo reunidos por Edgard Costa na tão conhecida obra em quatro volumes da Civilização Brasileira). Participamos de tão significativo evento Gallotti, as altíssimas Maria Thereza e Jane e eu (um parêntese sobre Maria Thereza: quando René me veio falar, disse-lhe que Maria Thereza...).

A mim, particularmente, vinha sendo, em momentos de reflexão, tema de indagações, também de preocupações, entre as quais, escrevi, porque sensível e emblemática, a referente ao conflito, diria eu,

aparente, entre normas de diversas inspirações ideológicas: “é inviolável o sigilo (...), salvo...” Reparem que já admitira eu, no ano 2006, tantas prorrogações quantas necessárias. Aliás, era até jurisprudência assentada na Turma. A propósito, Ada nos fala do bom senso – “O bom senso deverá conduzir o juiz nesse sentido”. Mas assumimos – não foi? – orientação diversa, embora não haja, ali e acolá, unanimidade entre os motivos – ainda que importantes para se determinar o alcance do dispositivo. De minha parte, se acreditava em tudo o que lá escrevi – afinal, o que escrevi, escrevi (é bíblico) -, estou ainda mais convencido, tal o que lá escrevi: “Permitam-me com isso, retornar ao texto do art. 5º, porque dias fiquei comigo mesmo pensando qual teria sido ali a intenção do legislador ao escrever ‘não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável...’”

Pois bem, de todos nós é o conhecimento do acórdão! Quero crer, então, que posso até me dispensar, aqui e agora, de outras achegas, salvo a informação de que à tese ali exposta já tornei em dois momentos: na Turma e na Corte Especial, mas, em ambas as ocasiões, houve pedido de vista.

Em algum momento, já me manifestei a propósito de outras questões oriundas da Lei nº 9.296: questioneei, e a minha palavra foi acolhida, a validade de identificação dos investigados, já defendi que se impõe sempre a juntada de toda a degravação, também que ordem de juiz incompetente não é aproveitável, até porque, nesse ponto, o texto da lei é por demais enfático.

Sobre outras questões em torno do acórdão de 2008 – suscitadas umas e outras após a sua publicação, entre as quais o aproveitamento de parte da prova, a restrição dos efeitos da decisão, a violação do direito à segurança da sociedade e do Estado -, asseverei há pouco, relativamente à primeira, que a fruta ruim arruína o cesto, e recordei então este tópico do HC-59.967, de 2006:

Há anos, já faz muito tempo, no início da nossa era, Paulo escreveu: 'Não sabeis que um pouco de fermento leveda toda a massa?' Ora, ao juntarmos uma fruta podre a uma boa, não é a podre que fica boa, mas a boa que fica podre. A fruta ruim arruína o cesto. É algo semelhante à teoria dos 'frutos da árvore envenenada', vinda da Suprema Corte norte-americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Sobre a pretensão de que a decisão valha apenas "para fatos futuros", recordei o que venho falando a propósito dos casos oriundos de São Paulo – em que, no Superior Tribunal, temos anulado julgamentos realizados por Câmara não composta, em sua maioria, por desembargadores (entre tantos, o HC-98.530, de 2008):

Fiquei cá comigo a pensar diante de tão preocupante descrição que nos fez o ilustre presidente da Seção Criminal, de tão louváveis razões que S. Exa. nos endereçou, saindo eu, então, à cata de solução que atendesse aos apelos que nos foram feitos, mas confesso aos Senhores que solução outra não encontrei. Pensei se seria possível modular temporalmente os efeitos da decisão, de modo a lhe conferir eficácia apenas de agora em diante, isto é, efeitos para o futuro. Isso, porém, não é admissível, e admissível não é porque, como próprio nos é, haveremos de decidir caso a caso e, é claro, com os efeitos daí resultantes.

Ora, a restrição de efeitos tem mais a ver com a declaração de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99, art. 27), se tal na ação direta ("razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social"), por que tal não aconteceria também no sistema difuso? Dizem que tal acontece; fora, porém, dessas hipóteses, não encontrei meios a fim de também modular temporalmente os efeitos de decisões outras.

Já quanto ao conflito, havendo, segundo o questionamento, de prevalecer "o direito fundamental à segurança da sociedade e do Estado", recordei, mais uma vez, a magistral lição de Bobbio – "Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da

segurança como valores antinômicos”. Ora, lá (HC-44.165, de 2006) como cá,

É o que ocorre (...). Quanto a se real ou se aparente a incompatibilidade, as referências são no sentido de que se trata de normas aparentemente incompatíveis, normas que não, pois, de ser conservadas no sistema e são, uma vez verificado o conflito – aparente, pelo visto –, de interpretação a favor da liberdade. Foi o que eu disse quando concedi liminar ao paciente.

Senhoras e Senhores, após essas considerações, ficam aqui os meus agradecimentos pela oportunidade que a mim me deram para tão despretensiosa conversação; alguém, quero também despretensiosamente crer, que tivesse a pena do grande Edgard Costa, repito, decerto inscreveria entre os grandes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça o do HC-76.686.

Muito obrigado.